



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2020

**Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes: Gedanken
zum Zweck des Betreibungsverfahrens, der Registerführung und der
Registereinsicht**

Baumgartner, Samuel P

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-186112>

Book Section

Originally published at:

Baumgartner, Samuel P (2020). Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes: Gedanken zum Zweck des Betreibungsverfahrens, der Registerführung und der Registereinsicht. In: Portmann, Wolfgang; et al. Gedenkschrift für Claire Huguenin. Zürich: Dike Verlag, 29-46.

Gedenkschrift für Claire Huguenin

herausgegeben von
Wolfgang Portmann
Helmut Heiss
Peter R. Isler
Florent Thouvenin

Gedenkschrift für Claire Huguenin



Gedenkschrift für Claire Huguenin

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Professorin
an der Universität Zürich von 1997 bis 2018

herausgegeben von

Wolfgang Portmann

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Helmut Heiss

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

Peter R. Isler

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität Zürich

Florent Thouvenin

Dr. iur., Rechtsanwalt, Professor an der Universität Zürich

DIKE 

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2020 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen
ISBN 978-3-03891-107-4

www.dike.ch

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Würdigung von Claire Huguenin	VII
Autorenverzeichnis	XV
ULRIKE BABUSIAUX	
Legal Transplants im Obligationenrecht?	1
SAMUEL BAUMGARTNER	
Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes.....	29
PETER BREITSCHMID	
Der (erbrechtliche) <i>ordre public</i>	47
MARTIN BURKHARDT	
Statutarische Schiedsklauseln nach Art. 697n E-OR 2018 und Art. 6 Ziff. 1 EMRK.....	67
CHRISTINE CHAPPUIS	
OR CO 2020 : un projet abandonné ?	85
SUSAN EMMENEGGER / THIRZA DÖBELI	
No Oral Modification Clauses	99
MARCEL FONTAINE	
Les projets de réforme du droit des obligations en Belgique et en Suisse	111
PHILIPP HABEGGER / JOHANNES LANDBRECHT	
Zwischen vertraglichem Konsens und grundrechtlichem Zwang – Die unfreiwillige Schiedsgerichtsbarkeit	123
NATAŠA HADŽIMANOVIĆ	
Plädoyer für ein prozessuales Begreifen (auch) des Sachenrechts.....	139
ANDREAS HEINEMANN / PATRICIA MARTINA HAGER	
Über Wahrheit und Lüge im wettbewerbsrechtlichen Sinn	157

TINA HUBER-PURTSCHERT / EVA MAISSEN

Vorhandrechte in Aktionärbindungsverträgen 181

PETER R. ISLER

Die Abwägung von Chancen und Risiken bei der Beurteilung von
Geschäftsentscheiden 203

PETER JUNG

Wer verkehrt wann im kaufmännischen Verkehr? 221

ALFRED KOLLER

Die Haftung des Vermieters für Sachmängel 245

ADRIAN KÜNZLER

Verhaltenspsychologie als Erkenntnisquelle für das Kartellrecht 267

BARBARA MEISE / NADINE PFIFFNER

«Eine Fallstudie in Pink» – Zu den Rechtsfolgen bei Nichteinhaltung
der vertraglich vorbehaltenen Form (Art. 16 OR) 279

MARKUS MÜLLER-CHEN

Wirkungen einer Gerichtsstandsvereinbarung gegenüber Dritten 309

PASCAL PICHONNAZ

Europäisches Privatrecht: Eine Vereinheitlichung beginnt im Geiste 325

PETER GEORG PICHT

Zivilrechtlicher Kartellschadenersatz 347

KARL RIESENHUBER

Vertretungsrechtlicher Schutz des Geschäftsherrn vor Schädigung
infolge von Interessenkonflikten des Vertreters 361

ROGER RUDOLPH

Digitalisierung: Herausforderung an das Arbeitsrecht und die Gerichte 387

ARNOLD F. RUSCH / ADRIAN FISCHBACHER

Deaktivierung von Geräten durch Hersteller 397

ANTON K. SCHNYDER

Regress: Sorgenkind im Schweizer Privatrecht 413

ROLF SETHE

Haftung für eine fehlerhafte Konzernfinanzierung 423

FLORENT THOUVENIN

Die Datenschutzerklärung: eine Rechtsfigur mit zwei Gesichtern..... 463

HANS CASPAR VON DER CRONE / CORINA MOSCHEN

Die Rückerstattungsklage nach Art. 678 E-OR im Verhältnis
zur Einlagepflicht des Aktionärs..... 479

ROLF H. WEBER

Linguistische Kommunikation und technischer Code in Verträgen..... 495

Schriftenverzeichnis von Claire Huguenin 507

Die Betreibungsregistereinsicht zum Zweck des Kreditschutzes

Gedanken zum Zweck des Betreibungsverfahrens, der Registerführung und der Registereinsicht

*Samuel Baumgartner**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	29
II. Zweck des Betreibungsverfahrens	32
III. Zweck der Registerführung	33
IV. Zweck des Registereinsichtsrechts	34
V. Das Registereinsichtsrecht zum Zweck des Kreditschutzes	35
1. Das Problem	35
2. Nicht aufgeführte Betreibungshandlungen	36
3. Beschränkte Aussagekraft der in der Betreibungsauskunft vorhandenen Einträge	37
a) Grund	37
b) Folgen für das Einsichtsrecht	40
VI. Auswirkungen des Einsichtsrechts zwecks Kreditschutzes auf das Vollstreckungsverfahren	43
1. Nach bestehendem Recht	43
2. Projekt «Schweizweite Betreibungsauskunft»	44
VII. Fazit	45

I. Einleitung

Wer sich längere Zeit im Ausland aufhält, wie das CLAIRE HUGUENIN mehrmals tat, dem öffnet sich nicht nur eine andere Welt, sondern auch eine neue Perspektive zum

* Ich danke Herrn RA, MLaw MARTIN HEISCH für die Unterstützung bei der Recherche und für die Durchsicht des Manuskripts.

Vertrauten – in diesem Fall zum schweizerischen Recht. Der vorliegende Beitrag, den ich dem Andenken an CLAIRE widmen möchte, ist inspiriert von zwei Beobachtungen zum schweizerischen Betreibungsrecht, die aus dieser Perspektive besonders klar hervortreten.

Zunächst fällt im Vergleich zu ausländischen Rechten auf, wie effizient und kostengünstig – und trotzdem die Schuldnerrechte angemessen wahrend – das Einleitungsverfahren des SchKG ausgestaltet ist. In vielen Staaten – etwa in den Ländern des *common law* – muss ein vermeintlicher Gläubiger immer in einem Zivilprozess das Bestehen der geltend gemachten Forderung feststellen lassen und ein Leistungsurteil erstreiten, bevor er zur Vollstreckung schreiten kann.¹ In der Schweiz kann er demgegenüber bei auf Geldleistung lautenden Forderungen gleich das Betreibungsverfahren einleiten.² Setzt sich der Schuldner dagegen nicht zur Wehr, kommt es auf Antrag des Gläubigers ohne weiteres und ohne einen Zivilprozess zur Vollstreckung durch Pfändung, Pfandverwertung oder Konkurs.³ Zwar gibt es auch im europäischen Ausland Verfahren, die dem Gläubiger ohne gerichtliche Anspruchsprüfung einen vollstreckbaren Titel verschaffen, wenn sich der Schuldner nicht wehrt.⁴ Das deutsche Mahnverfahren ist in dieser Hinsicht dem schweizerischen Zahlungsbefehlsverfahren wohl am ähnlichsten.⁵ Der österreichische Zahlungsbefehl erfordert aber bereits eine, wenn auch nur kurz gefasste, Klagebegründung, deren Schlüssigkeit geprüft wird,⁶ und das italienische *decreto ingiuntivo* setzt sowohl Klagebegründung als auch Beilegung verschiedener Beweismittel voraus.⁷ Sodann ist der Anwendungsbereich dieser Verfahren – auch der des seit 2008 in der gesamten EU auf eurointernationale Sachverhalte anwendbaren europäischen Mahnverfahrens⁸ – teilweise enger als der des Einleitungsverfahrens nach SchKG.⁹

¹ Siehe dazu für den Bundeszivilprozess der USA Federal Rules of Civil Procedure 69 ff.

² Art. 67 ff. SchKG.

³ Art. 88 SchKG.

⁴ Dazu weiterführend HESS, Strukturfragen der europäischen Prozessrechtsangleichung, dargestellt am Beispiel des Europäischen Mahn- und Inkassoverfahrens, in FS Geimer, München 2002, 341 ff.

⁵ Vgl. § 688 ff. DZPO.

⁶ § 244 ff. ÖZPO.

⁷ Art. 633 ff. CPC.

⁸ VO (EG) Nr. 1896/2006 (EuMahnVO).

⁹ Siehe etwa § 688 Abs. 2 DZPO (keine Anwendbarkeit bei noch nicht erfüllter Vorleistungspflicht des Gläubigers, bei bestimmten hochverzinslichen Verbraucherdarlehen und wenn Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müsste); § 244 ÖZPO (Anwendbarkeit nur für Geldbeträge bis € 75'000.–); Art. 2 Abs. 2 EuMahnVO (keine Anwendbarkeit u.a. bei Ansprüchen aus ehelichem Güterrecht, Erbrecht und ausservertraglichen Schuldverhältnissen, über die die Parteien keine Vereinbarung abgeschlossen haben).

Schliesslich sind diese ausländischen Verfahren als Schnellformen eines Erkenntnis-, also eines (Vollstreckungs-) Titelerteilungsverfahrens ausgestaltet. Will der Gläubiger den daraus entstandenen Titel vollstrecken lassen, wird im Vollstreckungsverfahren – ähnlich wie nach Art. 341 der schweizerischen ZPO bei der Vollstreckung von Nichtgeldleistungsansprüchen – zunächst ein Titelüberprüfungsverfahren durchgeführt, in dem der Schuldner etwa geltend machen kann, die Schuld sei seither verjährt oder sie sei getilgt oder gestundet worden. Indem das SchKG bei nicht bereits gerichtlich beurteilten Ansprüchen Titelerteilungs- und Titelüberprüfungsverfahren zusammenlegt, werden auch hier Zeit und Kosten gespart.

Die zweite, zunächst rein faktische Beobachtung betrifft die Wichtigkeit, die der Betreibungsregisterauszug in bestimmten Wirtschaftszweigen zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit des Gegenübers erreicht hat. Weil es im Ausland das Einleitungsverfahren des SchKG so nicht gibt, existieren dort auch keine Register, die über Zahlungsbefehle, Rechtsvorschläge und andere Details des Einleitungsverfahrens Auskunft geben könnten. Zwar besteht auch dort die Möglichkeit eines Auszugs aus dem Insolvenzregister.¹⁰ Aber daraus lassen sich nur bereits eröffnete Konkurs-, Nachlass- und andere Insolvenzverfahren ersehen. In Deutschland gibt es immerhin das Schuldnerverzeichnis, in dem Schuldner aufgeführt sind, die entweder im Pfändungsverfahren ihren Vermögensauskunftspflichten nicht nachgekommen sind oder gegen die die Zwangsvollstreckung erfolglos geblieben ist.¹¹ Darüber hinaus werden aber auch im deutschen Schuldnerverzeichnis keine hängigen oder abgeschlossenen Vollstreckungsverfahren aufgeführt.

Diese beiden Beobachtungen zum schweizerischen Betreibungsrecht scheinen auf den ersten Blick wenig miteinander zu tun zu haben. Dieser Schein trügt. Je wichtiger nämlich die Betreibungs(register-)auskunft im Wirtschaftsleben wird, desto grösser das Interesse der Schuldner an angemessenen Rechtsbehelfen, mit denen bezüglich Kreditwürdigkeit kaum aussagekräftige Einträge aus der Betreibungsauskunft entfernt werden können. Das zeigt sich indirekt daran, dass das Einsichtsrecht in das Betreibungsregister und die Rechtsbehelfe des Schuldners im Einleitungsverfahren auf den 1. Januar 2019 zum zweiten Mal in etwas mehr als zwanzig Jahren angepasst wurden. Bei beiden Revisionen ging es nebst Klarstellung des Einsichtsrechts um den Schutz des Schuldners vor Einsicht Dritter in als unberechtigt bezeichnete Betreibungen. Aber auch das entgegengesetzte Interesse macht sich politisch bemerkbar. Im Juli 2018 hat der Bundesrat mit seinem 59-seitigen Bericht «Schweizweite Betreibungsauskunft» in Beantwortung

¹⁰ Siehe dazu etwa die vom europäischen Justizportal zur Verfügung gestellte Information, abrufbar unter <https://e-justice.europa.eu/content_insolvency_registers-110-de.do>.

¹¹ § 882b Abs. 1 DZPO. Dazu etwa ZÖLLER-SEIBEL, ZPO, § 882b N 1 ff.

mehrerer parlamentarischer Vorstösse die Möglichkeiten zur Erreichung einer landesweiten, möglichst umfassenden Betreibungsauskunft erwogen und diskutiert.¹² Weitere parlamentarische Vorstösse dazu sind hängig.¹³

Sowohl die Verbesserung der Rechtsbehelfe des Schuldners bezüglich Betreibungsregistrauszug als auch die von Bundesrat und Parlament erwogenen Massnahmen zur Schaffung einer umfassenderen Betreibungsauskunft bringen zusätzliche Kosten und zusätzliche Komplexitäten im Betreibungsverfahren mit sich, ohne die Qualität dieses Verfahrens als Vollstreckungsverfahren für die daran Beteiligten zu verbessern. Im Gegenteil: Dadurch wird die dargelegte Effizienz und Kostengünstigkeit des schweizerischen Betreibungsverfahrens zu Zwecken unterhöhlt, die mit dem Betreibungsverfahren direkt nichts zu tun haben. Dieser Zielkonflikt tritt klar zutage, wenn man sich den jeweiligen Zweck des Betreibungsverfahrens, der Betreibungsregisterführung und der Betreibungsregistrauszug vor Augen führt.

II. Zweck des Betreibungsverfahrens

Nach im deutschsprachigen Raum herrschender Erkenntnis ist Hauptzweck des Zivilverfahrens die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche Einzelner.¹⁴ Das Betreibungsverfahren ist zur Erfüllung dieses Zwecks besonders wichtig, regelt es doch die eigentliche Durchsetzung durch staatlichen Zwang im Falle der Nichterfüllung eines Geldleistungsanspruchs. Je günstiger, effizienter und gerechter das Verfahren, desto besser für den Rechtsverkehr. Das schweizerische Vollstreckungsrecht für Geldschulden ist nun nicht nur deswegen besonders effizient, weil der Gläubiger ohne Durchlaufen eines Erkenntnisverfahrens zur Vollstreckung gelangen kann (oben I.). Es ist es auch deshalb, weil das Betreibungsamt weder Bestand, noch Fälligkeit, noch Höhe der geltend gemachten Geldforderung, noch die Sachlegitimation der Parteien zu überprüfen hat.¹⁵

¹² Bericht Schweizweite Betreibungsauskunft v. 4.7.2018, abrufbar unter <<https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-07-04/ber-br-d.pdf>>.

¹³ Parlamentarische Initiative 16.405, «Vernetzung sämtlicher Betreibungsregister»; Motion Candinas, 16.3335, «Missbrauch von Betreibungsregistrauszügen stoppen.»

¹⁴ Siehe etwa BAUMGARTNER, Rechtsdurchsetzung als Aufgabe des Zivilprozesses, ZZZ 2017/2018, 244 ff.

¹⁵ KUKO SchKG-MALACRIDA-ROESLER, Art. 69 N 4 ff. Gibt der Gläubiger allerdings eine nichtexistierende Person als Schuldnerin an, ist eine Zustellung des Zahlungsbefehls nichtig. Jedoch schadet eine falsche Bezeichnung dann nicht, wenn ohne weiteres klar ist, wer gemeint ist (z.B. «E.+F., Autokranbetrieb, Adresse.» statt «E.+F. AG, Autokranbetrieb, Adresse»). BGE 102 III 63 E. 2.

Eine solche Überprüfung ist nur durch ein im Rahmen der im SchKG für Gläubiger und Schuldner vorgesehenen Rechtsbehelfe angegangenes Gericht möglich (Art. 79 ff. SchKG) und findet in der Praxis nur in einem (wohl kleinen) Teil der eingeleiteten Betreibungen statt.

III. Zweck der Registerführung

Nach Art. 8 Abs. 1 SchKG haben die Betreibungs- und Konkursämter über ihre Amtstätigkeiten sowie den bei ihnen eingehenden Begehren und Erklärungen Protokoll und Register zu führen. Welchen Zweck diese Registerführungspflicht verfolgt, ergibt sich aus den Materialien zum SchKG zwar nicht.¹⁶ Man ist sich aber schon lange einig, dass deren Ziel die Dokumentation der Amtshandlungen der Betreibungs- und Konkursämter sein muss.¹⁷ In der Regel sind eine Vielzahl von Betreibungen und Konkursen bei einem Amt gleichzeitig hängig, und bis zum nächsten Verfahrensschritt kann es Tage oder Monate dauern. Für eine effiziente Amtsführung ist es deshalb notwendig, jederzeit einfach und rasch nachschlagen zu können, was in einem bestimmten Verfahren bisher wann und wo vorgekehrt wurde. Zudem dienen die Register der Aufsichtsbehörde zur Ausübung ihrer Aufsichtsfunktion. Schliesslich sind die Protokolle und Register nach Art. 8 Abs. 2 SchKG bis zum Beweis des Gegenteils für ihren Inhalt beweiskräftig, falls es zum Streit über das Datum einer fristauslösenden Handlung oder generell – etwa bei einer Beschwerde oder Amtshaftungsklage – zum Streit darüber kommen sollte, ob und wann die betreffende Handlung vorgenommen wurde.

Dem Zweck der schlichten Dokumentation entspricht es weiter, dass Betreibungs- und Konkursregistern keine materielle Publizitätswirkung zukommt.¹⁸ Das auch deswegen nicht, weil das Betreibungsamt die Angaben der Gläubiger nicht materiell zu überprüfen hat.¹⁹ Entsprechend müssen die Betreibungs- und Konkursbehörden fehlerhafte Einträge auch jederzeit von Amtes wegen oder auf Antrag der betroffenen Person formlos berichtigen (Art. 8 Abs. 3 SchKG). Das gilt indessen – wiederum aufgrund des Zwecks der schlichten Dokumentation, aber auch wegen deren erhöhtem Beweiswert – nur für

¹⁶ Registerführungspflicht und Einsichtsrecht tauchten (ohne Begründung) erstmals im 2. Kommissionsentwurf vom Januar 1875 auf und wurden von da an in jedem Entwurf, auch im Entwurf des Bundesrates, sowie während den parlamentarischen Beratungen kommentarlos übernommen. Siehe Materialien zum Schuldbetreibungs- und Konkursrecht 1869–1889, Zürich/St. Gallen 2017, 234 ff.

¹⁷ Siehe etwa KUKO SchKG-MÖCKLI, Art. 8a N 1.

¹⁸ BGE 115 III 24 E. 1.

¹⁹ Siehe oben II.

Fehldokumentationen der vorgenommenen Amtshandlungen, nicht für die richtige Beurkundung von falsch vorgenommenen Amtshandlungen oder von Amtshandlungen, die auf einem Irrtum der Parteien beruhen. So kann etwa der Schuldner bei einer vom Gläubiger irrtümlicherweise eingeleiteten Betreibung nicht die Löschung der betreffenden Betreibung verlangen.²⁰

IV. Zweck des Registereinsichtsrechts

Bereits die ursprüngliche Fassung des SchKG sah – bis Ende 1996 noch in Art. 8 Abs. 2 – vor, dass jedermann, der ein Interesse nachweist, die Register und Protokolle nach Art. 8 Abs. 1 SchKG einsehen und sich Auszüge daraus geben lassen kann. Der Zweck des Einsichtsrechts ist weniger offensichtlich als derjenige der Registerführung. Auch er ergibt sich nicht aus den Materialien zum SchKG.²¹ Der Bundesrat hatte sich daher bereits 1892 in einem seiner ersten Entscheide als oberste Rechtsmittelinstanz zur Frage zu äussern, ob die Bestimmung ein Inkassobüro berechtige, Auskunft über sämtliche Schuldner zu erhalten, gegen die im Kanton Genf eine Betreibung hängig war.²² Nach dem Bundesrat genügte indessen ein derart allgemeines Interesse nicht, um eine Registereinsicht zu begründen. Stattdessen sei ein besonderes, gegenwärtiges Interesse, etwa eines Gläubigers oder eines Bürgen des Schuldners, erforderlich²³ – eine Rechtsprechung, die sich bis heute gehalten hat.²⁴ Daran anschliessend hielt das Bundesgericht in seinen frühen Entscheiden zunächst das Einsichtsrecht der Konkursgläubiger in die Konkursakten für ein solches besonderes, gegenwärtiges Interesse.²⁵ Später dehnte es das Registereinsichtsrecht auf alle Gläubiger aus – unabhängig davon, ob ein Konkurs-, ein Pfändungs- oder überhaupt ein Vollstreckungsverfahren hängig ist – ausgenommen der Gläubiger wolle es zu gläubigerfremden Zwecken ausüben.²⁶ Der Zweck des Einsichtsrechts geht in dieser wichtigen Fallgruppe also dahin, den Gläubigern (und allfälligen Bürgen) die effektive Wahrung ihrer Rechte zu ermöglichen – etwa durch

²⁰ Ähnlich BSK SchKG-PETER, Art. 8 N 16; KUKO SchKG-MÖCKLI, Art. 8 N 8; SK SchKG-WEINGART, Art. 8 N 26.

²¹ Siehe oben bei FN 16.

²² Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, Bd. 1/1892 Nr. 2, 2.

²³ A.a.O.

²⁴ BGE 141 III 281 E. 3.3.

²⁵ BGE 28 I 97; BGE 40 III 257. Grundlegend dazu BGE 85 III 118.

²⁶ BGE 58 III 149; BGE 85 III 118.

Überwachung des Konkursverfahrens²⁷ oder durch rechtzeitige Stellung eines Betreibungs- oder Fortsetzungsbegehrens in der Einzelzwangsvollstreckung.²⁸

Im Jahr 1926 entschied dann das Bundesgericht, ein weiterer Zweck des Einsichtsrechts sei der Kreditschutz.²⁹ 1892 hatten WEBER und BRÜSTLEIN in der ersten Auflage ihres Kommentars zu Art. 8 SchKG noch dafür gehalten, das Betreibungsamt sei «kein Bureau für Kreditinformationen.»³⁰ Das Bundesgericht sah das nun anders. Damit war der heute wohl mit Abstand wichtigste Grund für das Einsichtsrecht, die Abklärung der Kreditwürdigkeit des Schuldners, eingeführt. Seit 1997 findet er seine Grundlage in Art. 8a Abs. 2 SchKG, wonach ein Einsichtsinteresse insbesondere dann vorliegt, «wenn das Auskunftsgesuch unmittelbar im Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages erfolgt.»

Das Bundesgericht hat das Interesse zur Registereinsicht auch aus weiteren Gründen bejaht. Allen voran haben die betroffene Person zur Überprüfung der Verfahrensschritte und der vorgenommenen Eintragungen³¹ und Gerichts- und Verwaltungsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben ein Einsichtsrecht.³²

V. Das Registereinsichtsrecht zum Zweck des Kreditschutzes

1. Das Problem

Das Problem des Gebrauchs der Betreibungsauskunft als Mittel des Kreditschutzes liegt nun darin, dass das Betreibungsregister nicht zum Zweck des Kreditschutzes, sondern eben zur Dokumentation der vorgenommenen Betreibungs- und Konkurshandlungen

²⁷ So BGE 85 III 118. Oder der Gläubiger kann aufgrund der Einsicht in die Pfändungsprotokolle gegen den Schuldner die Einreichung eines Gesuchs zur Konkurseröffnung wegen Vermögensverheimlichung nach Art. 190 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG prüfen. BGE 135 III 503.

²⁸ Dazu zählt insbesondere die rechtzeitige Stellung eines Fortsetzungsbegehrens zur Einhaltung der 30-tägigen Frist zum Pfändungsanschluss nach Art. 110 SchKG. AMONN/WALTHER, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 9. Aufl., Bern, § 4 Rz 18.

²⁹ BGE 52 III 73 E. 1 («L'une des raisons d'être de l'art. 8 al. 2 est de sauvegarder le crédit.»).

³⁰ WEBER/BRÜSTLEIN, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Zürich 1892, 9.

³¹ So schon BGE 34 I 854. Damit sind die Parteien des Betreibungs- und Konkursverfahrens generell zur Register- und Akteneinsicht berechtigt. Ihr Interesse an der Einsicht wird vermutet. AMONN/WALTHER (FN 28), § 4 Rz 17.

³² Das ergibt sich nunmehr aus Art. 8a Abs. 4 Satz 2 SchKG.

geführt wird und dass diese Betreibungs- und Konkurshandlungen ebenfalls nicht dem Kreditschutz, sondern der effizienten und kostengünstigen Vollstreckung dienen. Die Betreibungsauskunft ist deshalb für die Einschätzung der Kreditwürdigkeit einer Person nur bedingt nützlich.

2. Nicht aufgeführte Betreibungshandlungen

Auf der einen Seite enthält die Betreibungsauskunft unter Umständen nicht alle gegen die betreffende Person durchgeführten Betreibungshandlungen. Das kann zunächst deswegen der Fall sein, weil das Betreibungsamt bei der Zustellung eines Zahlungsbefehls auf die Angaben des Gläubigers angewiesen ist (Art. 67 ff. SchKG). Trifft der Betreibungsbeamte an der angegebenen Adresse auf eine Person mit dem im Betreibungsbegehren genannten Namen oder auf deren Hausgenossen oder Angestellten, kann er die Zustellung rechtswirksam vornehmen (Art. 64 Abs. 1 SchKG), es sei denn, der Betriebene erhebe gegen die Zustellung innert zehn Tagen Beschwerde – etwa mit dem Argument, er sei entgegen Art. 46 Abs. 1 SchKG nicht an seinem Wohnsitz betrieben worden, sondern z.B. am Ort des Wochenaufenthaltes. Kann aber zugestellt werden und setzt sich der Schuldner nicht zur Wehr, ist es möglich, dass gegen denselben Schuldner unter verschiedenen Namen oder an verschiedenen Orten – auch innerhalb desselben Betreibungskreises – Betreibungen hängig sind. Bei der Ausstellung einer Betreibungsauskunft hat das Betreibungsamt nicht nachzuprüfen, ob es sich dabei um dieselbe Person handelt – falls sich das Amt bei unterschiedlichen Namen überhaupt die Frage stellt. Eine Betreibungsauskunft wird nur über die Person mit dem im Antrag genannten Namen am genannten Wohnort ausgestellt.³³

Eine Betreibungsauskunft kann aber auch deswegen unvollständig sein, weil das Betreibungs- und Konkurswesen föderalistisch aufgebaut ist. Jedes Betreibungs- und Konkursamt – in der Regel nach Gemeinden oder Amtsbezirken organisiert – führt seine eigenen Register (Art. 1 ff., Art. 8 SchKG). Eine Registerauskunft eines bestimmten Betreibungsamts zeigt also nur die Betreibungshandlungen, die gegen den Schuldner durch dieses Betreibungsamt vorgenommen wurden. Wurde aber ein Schuldner am früheren Wohnort oder an seinem Geschäftsort in einem anderen Betreibungskreis betrieben, ist das aus der Betreibungsauskunft seines Wohnortes nicht ersichtlich.³⁴

³³ Dazu und zu weiteren Konstellationen eingehend Bericht (FN 12), 17 ff.

³⁴ Bericht (FN 12), 15.

3. Beschränkte Aussagekraft der in der Betreibungsauskunft vorhandenen Einträge

a) Grund

Auf der anderen Seite sind die in der Betreibungsauskunft befindlichen Einträge für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit oft von begrenztem Nutzen. Die Kreditwürdigkeit setzt sich zusammen aus Zahlungsfähigkeit und Zahlungswillen, d.h. dem Willen, eine zu Recht bestehende Schuld rechtzeitig zu begleichen. Zur Zahlungsfähigkeit sagen die meisten gegen eine Person vorgenommenen Betreibungshandlungen, die sich in einer Betreibungsauskunft finden können, wenig aus. Wie gleich zu zeigen sein wird, bedeutet die Einleitung einer Betreibung nicht unbedingt, dass die geltend gemachte Forderung tatsächlich besteht und fällig ist. Sie bedeutet erst recht nicht zwingend, dass der Betriebene zahlungsunfähig ist. Er kann auch nur zahlungsunwillig sein. Nachgewiesen ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erst nach Ausstellung eines Pfändungs- oder Konkursverlustscheins, denn dieser bescheinigt, dass bei Pfändung oder Konkurs nicht genug Vermögen vorhanden war, um alle Gläubiger zu befriedigen.³⁵ Hinzu kommt die Konkursöffnung als starkes Indiz der Überschuldung, da die meisten der Konkursbetreibung unterliegenden Schuldner wohl versuchen, eine Konkursöffnung wenn irgend möglich abzuwenden. Jede andere Betreibungshandlung kann zwar Indiz der Zahlungsunfähigkeit sein, ist es aber oft nicht.

Beim Zahlungswillen kommen wir der Sache schon wesentlich näher. Aber auch hier zeigt eine eingeleitete Betreibung keineswegs zwingend das Bestehen einer Zahlungsunwilligkeit des Betriebenen an. Das Betreibungsverfahren wird bekanntlich eingeleitet durch das an das Betreibungsamt gerichtete Betreibungsbegehren. Darin hat der Gläubiger seinen Namen und Wohnort, Namen und Wohnort des Schuldners, Forderungssumme mit Zins sowie Forderungsurkunde oder Forderungsgrund anzugeben (Art. 67 Abs. 1 SchKG). Das Betreibungsamt prüft einzig, ob diese Angaben vorhanden sind. Wenn ja und sobald der Gläubiger den verfügten streitwertabhängigen Kostenvorschuss bezahlt hat (Art. 68 SchKG), stellt das Betreibungsamt dem Schuldner den Zahlungsbefehl mit den Angaben aus dem Betreibungsbegehren und einer Zahlungsaufforderung zu (Art. 69 ff. SchKG). Begleicht der Schuldner daraufhin die Schuld samt Zinsen und den vom Gläubiger vorgeschossenen Kosten innerhalb von zwanzig Tagen nicht und erhebt er keinen Rechtsvorschlag, kann der Gläubiger die Fortsetzung der Betreibung,

³⁵ Vgl. Art. 149 Abs. 1 & 265 Abs. 1 SchKG (Gläubiger erhält für den ungedeckten Betrag seiner Forderung einen Verlustschein).

die eigentliche Zwangsvollstreckung, durch Pfändung, Pfandverwertung oder Konkurs verlangen (Art. 88 SchKG).

Die Ausstellung eines Zahlungsbefehls bedeutet also nur, dass eine Person (der Gläubiger) behauptet, eine andere Person (der Schuldner) schulde ihm die angegebene Geldsumme und dass der Gläubiger die notwendigen Angaben im Betreibungsbegehren gemacht und die (bescheidenen) Betreibungskosten vorgeschossen hat. Sie bedeutet nicht unbedingt, dass die Forderung tatsächlich besteht und der Schuldner zu Unrecht die Zahlung verweigert. Es lassen sich drei Grundscenarien unterscheiden. Zunächst ist es möglich, dass die Forderung tatsächlich besteht, dass der Schuldner weiss, dass sie besteht, aber entweder nicht bezahlen kann oder nicht zahlen will. In diesem Szenario ist der zugestellte Zahlungsbefehl klar das Resultat eines fehlenden Zahlungswillens oder fehlender Zahlungsfähigkeit. Zweitens ist es möglich, dass Bestand, Höhe und/oder Fälligkeit der Forderung zwischen Gläubiger und Schuldner umstritten sind. In diesem Szenario kann Zahlungsunwilligkeit vorliegen – etwa wenn der Schuldner nur aus Streitsucht bestreitet. Zahlungsunwilligkeit im zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit relevanten Sinn liegt aber dann nicht vor, wenn stattdessen die Streitsucht beim Gläubiger zu suchen ist, oder die Parteien guten Gewissens über den Bestand der Forderung unterschiedlicher Auffassung sind – etwa weil die sich stellenden Rechtsfragen schwierig zu beantworten sind, weil die Parteien den Sachverhalt anders interpretieren,³⁶ oder weil eine der beiden Parteien als Laie die Rechtslage guten Gewissens verkennt. Im dritten Szenario schliesslich besteht die Forderung nicht oder nicht gegen diesen Schuldner, der Gläubiger ist sich dessen bewusst, leitet aber trotzdem eine Betreibung ein. Das geschieht etwa dann, wenn der Gläubiger die Adresse des in der Zwischenzeit umgezogenen Schuldners nicht kennt und aufs Geratewohl Betreibung gegen den Nächstbesten mit demselben Namen einleitet, oder dann, wenn der Gläubiger aus sachfremden Gründen oder gar zur Schikane betreibt. In diesem Fall ist der Schuldner klar weder zahlungsunfähig noch zahlungsunwillig, sondern widersetzt sich ganz zu Recht der Betreibung.

Das Problem ist nun aber, dass sich aus dem in einer Betreibungsauskunft genannten Zahlungsbefehl nicht ergibt, welches dieser drei Szenarien vorliegt. Das Betreibungsamt hat die Angaben des Gläubigers eben nicht auf ihre materielle Richtigkeit zu überprüfen.³⁷ Immerhin ergibt sich aus quantitativer Sicht – das heisst, wenn wir sämtliche

³⁶ Zu diesen beiden Varianten BAUMGARTNER (FN 14), 248.

³⁷ Immerhin kann sich unter Umständen aus der Person des Gläubigers, die in der Betreibungsauskunft aufgeführt wird, genauere Information hierzu ergeben. So kann der Gläubiger für aggressive Verkaufs- oder Eintreibungsmethoden bekannt sein. Umgekehrt leitet das Steueramt eine Betreibung nur ein, nachdem eine definitive Veranlagung vorliegt, die Zahlungspflicht also bereits erstellt ist. Klarere Anzeichen zu Zahlungswillen und -fähigkeit ergeben

Zahlungsbefehle betrachten – für den einzelnen Zahlungsbefehl im Durchschnitt eine bestimmte Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsunwilligkeit, denn von allen Zahlungsbefehlen fallen vermutungsweise einige ins erste Szenario. Weil hier Statistiken und empirische Untersuchungen fehlen, bleibt aber unklar, ob diese Wahrscheinlichkeit eher bei 20% oder bei 90%, oder irgendwo dazwischen liegt.³⁸ Möglich sind hier auch wesentliche regionale Unterschiede oder gar Unterschiede von Betreibungsamt zu Betreibungsamt.

Hat nun der Schuldner Rechtsvorschlag erhoben – was im Kanton Zürich in etwa 10% der Betreibungen der Fall ist³⁹ – so verschiebt sich diese Wahrscheinlichkeit zu seinen Gunsten. Es ist nämlich anzunehmen, dass vor allem Schuldner einen Rechtsvorschlag erheben, die der Auffassung sind, die Forderung bestehe nicht oder sei noch nicht fällig. Sicher ist das aber keineswegs, denn auch der Rechtsvorschlag wird vom Betreibungsamt nicht auf seine materielle Berechtigung hin überprüft.⁴⁰ Auch bei erhobenem Rechtsvorschlag sind daher alle drei der genannten Szenarien möglich.

Umgekehrt bedeutet das Nichterheben eines Rechtsvorschlags innert Frist wohl im Durchschnitt eine höhere Wahrscheinlichkeit eines verminderten Zahlungswillens. Wie viel höher diese Wahrscheinlichkeit ist, bleibt aber auch in diesem Fall unklar. Denn es ist möglich, dass der Schuldner sein Recht auf Erhebung des Rechtsvorschlags nicht verstanden hat, dass er als juristischer Laie Zweifel hat, ob er mit seinen Einwänden je durchdringen kann, oder dass er etwa des Prozesskostenrisikos wegen seine Bestreitung der Forderung aufgegeben hat. Aufgeklärte Schuldner wissen auch, dass sie zu einem späteren Zeitpunkt immer noch ein Gesuch auf gerichtliche Aufhebung der Betreibung

sich sodann auch, falls über einen Zeitraum nicht nur eine, sondern mehrere Betreibungen vorliegen. Hierzu MEIER, Betreibungsauskunft – ein ungelöstes Problem des SchKG, in FS 100 Jahre SchKG, Zürich 1989, 139.

³⁸ Aus der Statistik der Betreibungsämter des Kantons Zürich, abrufbar unter <https://www.betreibungsinspektorat-zh.ch/deu/dow_sta_s18.php>, ergibt sich immerhin, dass im Jahr 2018 ca. 10% der Betreibungen solche des Steueramts und daher zu Recht geschuldete Beträge betrafen. Siehe FN 37. Im Jahr 2008 waren noch ca. 20% der Betreibungen solche des Steueramtes. A.a.O.

³⁹ A.a.O. Auch hier können regionale Unterschiede beträchtlich sein. Im Jahr 1904 z.B., als die Zahl der Rechtsvorschläge noch gesamtschweizerisch erhoben wurde, verzeichnete der Kanton Zürich Rechtsvorschläge in 15% der ordentlichen Betreibungen, der Kanton Baselstadt in 27% und der Kanton Tessin in 42% (die mit Abstand höchste Zahl). Siehe Eidgenössische Betreibungsstatistik pro 1904.

⁴⁰ Art. 74 ff. SchKG. In den in der Praxis seltenen Fällen des nachträglichen Rechtsvorschlags, des Rechtsvorschlags in der Wechselbetreibung und des Rechtsvorschlags zur Geltendmachung fehlenden neuen Vermögens nach Konkurs, muss der Rechtsvorschlag vom Gericht überprüft und genehmigt werden (Art. 77, 179 und 265a SchKG).

wegen Nichtbestehens der Forderung nach Art. 85 SchKG,⁴¹ eine negative Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG oder eine Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG anstrengen können – etwa wenn die entsprechenden Beweismittel erst später zur Verfügung stehen werden.

Eingeschränkt werden die genannten Szenarien erst durch die im Betreibungsverfahren möglichen gerichtlichen Entscheide. So bedeutet die Erteilung einer definitiven Rechtsöffnung (Art. 80 f. SchKG), dass gegen den Schuldner schon vor dem Betreibungsverfahren ein Vollstreckungstitel bestand und er trotzdem bis zu diesem Zeitpunkt nicht geleistet hat. Die Szenarien der nichtbestehenden Forderung und der mit gutem Gewissen vorgenommenen Bestreitung können daher eliminiert und es kann auf eine Zahlungsunwilligkeit geschlossen werden. Die Gutheissung einer Anerkennungsklage (Art. 79 SchKG) und die Abweisung einer Aberkennungsklage (Art. 83 Abs. 3 SchKG), einer negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG oder einer Rückforderungsklage nach Art. 86 SchKG bedeutet, dass die Forderung tatsächlich besteht. Das Szenario der unberechtigten Betreibung kann also ausgeschlossen werden. Immerhin ist es möglich, dass sich der Schuldner bis zu diesem Zeitpunkt mit gutem Gewissen auf den Standpunkt gestellt hat, die Forderung bestehe nicht. Umgekehrt bedeuten die Abweisung einer Anerkennungsklage und die Gutheissung einer Aberkennungs-, negativen Feststellungs- oder Rückforderungsklage, dass die Forderung (so) nicht besteht. Auch hier ist aber möglich, dass nunmehr der Gläubiger bis dahin in guten Treuen an das Bestehen der Forderung geglaubt hat.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass eine leere Betreibungsauskunft – deren Vollständigkeit einmal angenommen – Zahlungsfähigkeit und Zahlungswillen keineswegs garantiert. Die meisten verspäteten Zahlungen führen nicht unmittelbar zu einem Zahlungsbefehl, und gewieft Schuldner verstehen es, ihre Gläubiger lange genug, nicht aber solange hinzuhalten, dass es zu einem Betreibungsverfahren kommt.

b) Folgen für das Einsichtsrecht

Man könnte nun die Auffassung vertreten, Betreibungsauskünfte zum Zweck der Beurteilung der Kreditwürdigkeit seien ohne Einschränkung zu gewähren. Schliesslich kann der Markt den Informationsgehalt dieser Auskünfte bei Bedarf selbst korrekt einschätzen lernen. Das scheint zu einem bestimmten Grad auch geschehen zu sein. Eine vom

⁴¹ Entgegen dem Gesetzeswortlaut kann mit einem Gesuch auf Aufhebung oder Einstellung der Betreibung nach Art. 85 nicht nur Tilgung und Stundung, sondern auch das Nichtbestehen der Forderung geltend gemacht werden. BGE 140 III 41 E. 3.3.

Bundesrat kürzlich in Auftrag gegebene Studie zeigt, dass vor allem die Immobilienbranche sich bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit mehrheitlich auf Betreibungsauskünfte stützt.⁴² Da in Zürich und anderen Ballungszentren der Schweiz für bezahlbaren Wohnraum ein beträchtlicher Nachfrageüberhang besteht, können sich Vermieter leisten, Bewerber aufgrund von Informationen auszuschneiden, die unter Umständen wenig oder nichts über die Kreditwürdigkeit der betreffenden Person aussagen. Im Bau- und Handelsgewerbe beispielsweise ist das anders. Da wird entweder selten oder gar nicht auf eine Betreibungsauskunft abgestellt, oder diese wird durch andere Abklärungen über die Kreditwürdigkeit des Gegenübers ergänzt.⁴³ Auch hier versuchen Anbieter, mit offensichtlich kreditunwürdigen Kunden keine Geschäfte abzuschliessen. Sie können es sich aber nicht leisten, einen Kunden nur deswegen zu verlieren, weil er aufgrund einer Betreibungsauskunft kreditunwürdig sein könnte.

Aber gerade weil ein Teil der Wirtschaft bei der Beurteilung der Kreditwürdigkeit auf Durchschnittswerte – dazu noch unbekannte Durchschnittswerte – abstellt, kann eine Betreibung im Einzelfall das wirtschaftliche Fortkommen des Schuldners zu Unrecht wesentlich erschweren. Dazu kommt, dass die Betreibungsauskunft im Geschäftsverkehr zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit teilweise als aussagekräftiger zu gelten scheint, als sie es tatsächlich ist. Auch unter Juristen scheint die Meinung verbreitet, die Betreibungsauskunft sei ein für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit wichtiges Instrument.⁴⁴ Deswegen sind die Einträge im Betreibungsregister persönlichkeits- und datenschutzrechtlich relevant.⁴⁵ Der Schuldner bedarf somit rechtlicher Mittel, um Betreibungen, die zu Unrecht auf seine Zahlungsunwilligkeit schliessen lassen, aus dem Betreibungsauszug fernzuhalten.

⁴² Ecoplan, Bedarfsanalyse schweizweite Betreibungsauskunft, 8.12.2016, 8.

⁴³ A.a.O., 6, 8. Im Versandhandel wird vermehrt auf online-Bonitätsdatenbanken abgestellt, die ein wesentlich zuverlässigeres Bild des Zahlungswillens abgeben als eine Betreibungsauskunft. A.a.O., 22.

⁴⁴ Der Bundesrat etwa sieht private Dienste der Datensammlung zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit in diesem Bereich als echte Konkurrenz zur Betreibungsauskunft. Bericht (FN 12), 14. Dass auf verschiedenen Variablen beruhende Algorithmen, die genau darauf abzielen, die durchschnittliche Kreditwürdigkeit bestimmter Personengruppen zu beurteilen, diese Aufgabe mit zunehmender Datenqualität und –quantität wesentlich besser erfüllen können als die Betreibungsauskunft, die oft nur in eine Dimension Auskunft gibt (keine oder eine Betreibung in bestimmtem Stadium), ist völlig klar.

⁴⁵ Botschaft Revision SchKG vom 8.5.1991, 29; BSK SchKG-PETER, Art. 8a N 18; MEIER, FN 37, 132 ff.

Seit 1997 wird deshalb eine Betreibung in Betreibungsauskünften gegenüber Dritten zunächst dann nicht angezeigt,⁴⁶ wenn sie nichtig ist oder aufgrund einer Beschwerde oder eines gerichtlichen Entscheids aufgehoben wurde oder der Schuldner mit einer Rückforderungsklage obsiegt hat (Art. 8a Abs. 3 lit. a und b SchKG).⁴⁷ Zudem erlischt das Einsichtsrecht Dritter fünf Jahre nach Abschluss des Betreibungsverfahrens (Art. 8a Abs. 4 SchKG). Formell durch gerichtlichen Entscheid aufgehoben wird die Betreibung bei einer Aufhebung im summarischen Verfahren nach Art. 85 SchKG und bei der Gutheissung einer negativen Feststellungsklage nach Art. 85a SchKG. Der Sache nach wird sie es aber auch bei der Gutheissung einer Aberkennungsklage oder einer negativen Feststellungsklage nach Art. 88 ZPO und bei der Abweisung einer Anerkennungsklage.⁴⁸ In diesen Fällen wird zwar die Betreibung nicht formell aufgehoben, ihre Weiterführung ist aber wegen der gerichtlichen Feststellung des Nichtbestehens der betriebenen Forderung nicht mehr möglich.

Nichtig ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung insbesondere eine rechtsmissbräuchliche Betreibung, also eine Betreibung, die offensichtlich Ziele verfolgt, die nichts mit der Zwangsvollstreckung zu tun haben.⁴⁹ Hier wird allerdings Nichtigkeit angenommen, obschon das Betreibungsamt bei der Vornahme der Verfügung gar nicht wissen kann, dass sie nichtig ist – es darf ja das Bestehen des in Betreibung gesetzten Anspruchs nicht überprüfen. Der Schuldner muss sich in einem solchen Fall also in der Regel durch Nichtigkeitsanzeige an die Aufsichtsbehörde i.S.v. Art. 22 SchKG wenden, deren Entscheid bis vor Bundesgericht weitergezogen werden kann.⁵⁰

⁴⁶ Weil potentielle Vertragspartner im Wirtschaftsverkehr oft angehalten werden, eine Betreibungsregistrauskunft über sich selbst beizubringen, wendet die Praxis die Beschränkungen von Art. 8a Abs. 3 SchKG auch auf vom Schuldner selbst erbetene Auskünfte an. Siehe etwa RODRIGUEZ/GUBLER, Die Abwehr von Betreibungsregistereinträgen ab dem 1. Januar 2019, ZBJV 155/2019, 27.

⁴⁷ Warum eine Betreibung Dritten auch dann nicht angezeigt werden soll, wenn sie vom Gläubiger zurückgezogen wurde (Art. 8a Abs. 3 lit. c SchKG), ist aus dieser Sicht weniger klar. Wie die Betreibungseinleitung sagt auch der Betreibungsrückzug nichts über den Bestand der Forderung aus.

⁴⁸ BGer, Urteil 4A_440/2014 vom 27. November 2014, E. 2; BGE 128 III 334; BGE 125 III 334 E. 3; BSK SchKG-PETER, Art. 8a N 19. A.A. KUKO SchKG-MÖCKLI, Art. 8a N 27.

⁴⁹ BGE 140 III 481 E. 2.3.1; BGE 130 II 270 E. 3.2.2; BGE 115 III 18 E. 3b.

⁵⁰ Art. 72 Abs. 2 lit. a, Art. 74 Abs. 2 lit. c und Art. 76 Abs. 1 BGG. So geschehen etwa in BGer, Urteil 5A_838/2016 vom 13. März 2017; BGer, Urteil 5A_317/2015 vom 13. Oktober 2014 u.v.a.

VI. Auswirkungen des Einsichtsrechts zwecks Kreditschutzes auf das Vollstreckungsverfahren

1. Nach bestehendem Recht

Der Betriebene hat also die Möglichkeit, durch Nichtigkeitsanzeige, Beschwerde, oder durch einen der Rechtsbehelfe des Einleitungsverfahrens dafür zu sorgen, dass unberechtigte Betreibungen in einem Betreibungsauszug Dritten nicht bekanntgemacht werden. Er wird nun aber diese Möglichkeit auch dann wahrnehmen wollen, wenn der betreffende Rechtsbehelf zur Wahrung seiner Rechte im Betreibungsverfahren gar nicht eingelegt zu werden braucht. Ist z.B. der Schuldner bei Zustellung des Zahlungsbefehls der Auffassung, die betriebene Forderung bestehe nicht oder gar, er sei mit einer Schikanebetreibung überzogen worden, so genügt es zunächst für die Einstellung des Betreibungsverfahrens, Rechtsvorschlag zu erheben. Reicht der Gläubiger daraufhin weder Rechtsöffnungsgesuch noch Anerkennungsklage ein, bleibt die Betreibung eingestellt (Art. 78 ff. SchKG). Zur Vollstreckung kann es nicht kommen. In einer Betreibungsauskunft wird die Betreibung aber trotzdem angezeigt. Bis Ende 2018 blieb dem Schuldner daher nichts anderes übrig, als gegen die Betreibung einen weiteren Rechtsbehelf – etwa ein Gesuch um Aufhebung der Betreibung nach Art. 85 SchKG – zu ergreifen, um sie aus dem Betreibungsregisterauszug entfernen lassen zu können. Schuldner erhielten also durch die verbreitete Nutzung der Betreibungsauskunft zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit einen Anreiz, im Betreibungsverfahren aus vollstreckungsrechtlicher Sicht unnötige Rechtsbehelfe einzulegen.

Seit dem 1. Januar 2019 hat nun der Schuldner zusätzlich die Möglichkeit, beim zuständigen Betreibungsamt einen Antrag auf Nichtbekanntgabe der Betreibung an Dritte zu stellen, wenn seit Zustellung des Zahlungsbefehls mindestens drei Monate verstrichen sind und der Gläubiger nicht den Nachweis erbringt, Rechtsöffnung beantragt oder eine Anerkennungsklage eingereicht zu haben. Die Betreibung wird wieder angezeigt, sobald der Gläubiger diesen Nachweis erbringt oder die Betreibung fortsetzt (Art. 8a Abs. 3 lit. d SchKG).⁵¹ Diese neue Regelung ist insoweit gut gelungen, als der Antrag auf Nichtbekanntgabe ausserhalb des Betreibungsverfahrens gestellt wird und damit das Betreibungsverfahren nicht unnötig erschwert.

Damit ist das Problem im Hauptanwendungsfall wesentlich entschärft worden. Gelöst ist es aber nicht. Ist sich der Schuldner des Nichtbestandes der Forderung nicht absolut

⁵¹ Zu den Einzelheiten siehe RODRIGUEZ/GUBLER (FN 46), 20 ff.

sicher, besitzt er keine Urkunde, die das in einem provisorischen Rechtsöffnungsverfahren zumindest glaubhaft machen kann (Art. 82 Abs. 2 SchKG), oder traut er dem Betreibenden zu, auch bei völlig ungerechtfertigter Betreibung ein provisorisches Rechtsöffnungsverfahren einzuleiten,⁵² ist er gut beraten, zur Abwendung eines Eintrags der Betreibung im Betreibungsauszug bereits den zugestellten Zahlungsbefehl durch Beschwerde oder allenfalls mit Aufsichtsanzeige anzufechten – mindestens dann, wenn ein Verfahrensfehler mit gutem Gewissen behauptet werden kann. Nichtigkeitsanzeige und Beschwerdeverfahren haben nämlich auf kantonaler Ebene den Vorteil der Kostenlosigkeit (Art. 20a Abs. 2 Ziff. 5 SchKG). Weiter besteht zwar bei bestrittener Forderung, insbesondere bei den in der Praxis oft vorkommenden kleinen Streitwerten, immer die Möglichkeit, dass der Schuldner auch nach eingeleiteter oder gutgeheissener provisorischer Rechtsöffnung nachgibt und den geforderten Betrag bezahlt. Dazu hat er aber je weniger einen Anreiz, als ihn ein entsprechender Eintrag in einer Betreibungsauskunft wirtschaftlich benachteiligt. Umgekehrt hat auch der Gläubiger, der sich der negativen Wirkung des Eintrags im Betreibungsregister für den Schuldner bewusst ist, ein kleineres Interesse, im Betreibungsverfahren nachzugeben.

2. Projekt «Schweizweite Betreibungsauskunft»

In seinem Bericht «Schweizweite Betreibungsauskunft» untersucht der Bundesrat aufgrund mehrerer parlamentarischer Vorstösse verschiedene Möglichkeiten, das oben (IV.2) dargelegte Problem unvollständiger Betreibungsauskünfte zu beseitigen. Das erweist sich als schwieriger, als es auf den ersten Blick scheinen mag. Gewiefte Schuldner könnten sich bei einigen der vom Bundesrat vorgeschlagenen Lösungen weiterhin einen «leeren» Betreibungsauszug verschaffen und die wirksameren Lösungen sind aus datenschutzrechtlicher Sicht höchst problematisch.⁵³

⁵² Die Abweisung eines Gesuchs auf provisorische Rechtsöffnung stellt gerichtlich nicht das Nichtbestehen der Forderung fest. Sie hat demnach nach Sinn und Zweck von Art. 8a Abs. 3 lit. a SchKG nicht die Nichtbekanntgabe der Betreibung an Dritte zur Folge. So der Sache nach auch RODRIGUEZ/GUBLER (FN 46), 25, die auf eine entsprechende Weisung der Dienststelle Obergericht SchKG hinweisen. A.A. BSK SchKG-PETER, Art. 8a N 23.

⁵³ Bericht (FN 12) 53. Eine vorgeschlagene Lösung besteht darin, die AHV-Nummer des Betreibenden als Identitätsmerkmal zu benutzen (Bericht [FN 12], 36). Dies, nachdem man in den USA von der *social security number* und ähnlichen Einheitsnummern als Identifikationsmerkmal nach jahrzehntelangem Gebrauch aus ernsthaften Datensicherheitsgründen endlich abgerückt ist.

Für diesen Beitrag wesentlich ist, dass alle vorgeschlagenen Lösungen (etwa das Abgleichen von Betreibungsbegehren mit dem Einwohnerregister oder gar Nachforschungen über den betriebenen Schuldner durch die Polizei)⁵⁴ einen Mehraufwand für das Betreibungsamt und damit eine Kostenerhöhung bestimmter Betreibungshandlungen, teilweise sogar eine Erschwerung des Betreibungsverfahrens für den Gläubiger,⁵⁵ mit sich bringen würden. Sie hätten zudem insbesondere in grösseren Gemeinden auch die Gefahr der Falschidentifizierung. Auch dagegen müsste sich der Schuldner mit Beschwerde zur Wehr setzen.

VII. Fazit

Die eingangs festgestellte Wichtigkeit, die der Betreibungsregisterauszug zum Zweck der Beurteilung der Kreditwürdigkeit im schweizerischen Wirtschaftsleben erlangt hat, hat einen Anreiz des Schuldners zur Folge, im Betreibungsverfahren Rechtsbehelfe einzulegen, die er, ginge es ausschliesslich um das Vollstreckungsverfahren, nicht einlegen würde. Zugleich hat diese Wichtigkeit der Betreibungsauskunft auch den politischen Druck hervorgebracht, den geografischen Umfang der Betreibungsauskunft mit Massnahmen zu erweitern, die ihrerseits die Kosten des Betreibungsverfahrens erhöhen oder es anderweitig erschweren würden. Damit beeinträchtigt der verbreitete Gebrauch des Betreibungsregisterauszugs zum Zweck der Beurteilung der Kreditwürdigkeit indirekt teilweise die Vorteile der Effizienz und der Kostengünstigkeit, die das schweizerische Zwangsvollstreckungsrecht für Geldforderungen im internationalen Vergleich auszeichnen. Somit untergräbt sie zu einem bestimmten Grad genau das, was für einen Gläubiger dann wesentlich wird, wenn der Schuldner trotz bester Einschätzung seiner Kreditwürdigkeit nicht zahlt und damit das, was an einem Zivilverfahren für einen gut funktionierenden Wirtschaftsverkehr zentral ist (oben II.).

Der Gesetzgeber sollte sich daher vor Änderungen des SchKG, die den Informationsgehalt des Betreibungsauszugs verbessern sollen, gut überlegen, ob diese Verbesserungen den damit einhergehenden Abbau der Effizienz des Vollstreckungsverfahrens zu rechtfertigen vermögen. Mindestens ebenso wichtig ist Information. Bereits heute haben die Betreibungsämter auf Betreibungsauskünften einen Vermerk anzubringen, der auf die Möglichkeit hinweist, dass der Schuldner auch andernorts betrieben worden sein kann

⁵⁴ Bericht (FN 12), 39, 44 & 48.

⁵⁵ Z.B. die Änderung des Betreibungsortes auf den Meldeort unter Abschaffung der für den Gläubiger vorteilhaften alternativen Betreibungsorte (Bericht [FN 12], 43) oder die Abschaffung der Möglichkeit der Zustellung an Hausgenossen (Bericht [FN 12], 52).

und dass bestimmte Betreibungen gemäss Art. 8a Abs. 3 SchKG nicht angezeigt werden.⁵⁶ Informationen zur Bedeutung einer Betreibung zur Einschätzung von Zahlungsfähigkeit und Zahlungswillen der betroffenen Person fehlen hingegen. Vielleicht hat das mit der Komplexität einer entsprechenden Erklärung zu tun, vielleicht auch damit, dass die entsprechenden Wahrscheinlichkeiten empirisch nicht erforscht sind. Eine Aufklärung auch in dieser Richtung wäre trotzdem wünschbar.

⁵⁶ Weisung Nr. 5 zu Art. 8a der Dienststelle Oberaufsicht für Schuldbetreibung und Konkurs (abrufbar unter <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/weisungen.html>>), Ziff. C.3. Siehe auch den ausführlichen Hinweis des Bundesamtes für Justiz für die Bestellung von Betreibungsauskünften am elektronischen Betreibungsschalter unter dem Titel «Vorsicht bei umgezogenen Schuldner!» (abrufbar unter <https://www.e-service.admin.ch/eschkg/cms/content/betreibung/betreibungsauskunft_de>).